



POR

EL LICENCIADO DON RODRIGO BOTE de Monroy, Abogado en esta Corte.

*** EN EL PLEYTO ***

Con Martin de Mena, y Catalina Bote su muger, vezinos de Almoharin.

En Granada, Por Francisco Sanchez, y Baltasar de Bolibar, en la calle de las Hileras, junto al Cañuelo de rexa que sale al Zacatin. Año de 1645.



STE pleyto se ha visto, y està para determinarse en dos pretensiones que tiene don Rodrigo. Vna, que se ha de declarar q̃ es sucessor legitimo de el vinculo que fundó Francisco Bote de Monroy su padre, y condenar a Martin de Mena y su muger a que le restituyan el censo de diez y siete mil y quinientos ducados en plata doble en q̃ cōsiste, con sus reditos desde la ocupaciō hasta la real restitucion. Y otra, que le han de restituyr los bienes, que fueron de doña Iuana Fernandez Sande su madre.

ARTICVLO PRIMERO.

1 ¶ EN quanto a la primera pretēsion, hecho constante es, q̃ don Rodrigo Bote de Monroy es hijo natural de Francisco Bote, cuyo fue el censo que defiēden por vinculado Martin de Mena y su muger. Y que en cōtraditorio juyzio cō ellos está declarado por tal en este pleyto por sentencias de vista y revista.

2 ¶ Y aunque no negamos que puede el padre haziendo testamēto exheredar a su hijo natural, y otorgarlo valido sin hazer mencion del, y sin q̃ por la preterición, ó exheredacion le competa quærella inofficiosi testamenti, D. Pichard. in princ. de hæredit. quæ abintest. defer. cap. vnic. de succes. legiti. & illegiti. §. 6. num. 24.

3 ¶ Esta resolucion procede solamente quando dispone de sus bienes dexandolos libres a quien le parece: non veró quando como en este caso los vincula, y prohibe la enagenaciō, llamãdo personas que ayan de suceder en ellos perpetuamente por via de vinculo, ó mayorazgo. tunc enim teniendo hijos naturales, necessariamēte ha de hazer los llamamientos en ellos, prefiriendolos a los parientes transversales, y estos a los estraños de su familia y parētela, vt apertè probat

lex

lex 27. Taur. hodie lex 11. tit. 6. lib. 5. Recopila. ibi: *Y a falta dellos, que lo puedan fazer entre sus descendiẽ ilegitimos*, & ibi: *Y a falta de los susodichos puedan hazer las dichas sumisiones entre sus parientes, y a falta de parientes, entre los estraños; y que de otra manera no puedan poner grauamen alguno, ni condicion en el dicho tercio.*

4 ¶ Y procede en tanto grado esta resolucion, que si contra la forma que se propone en esta ley haze el padre los llamamientos prepostrandolos, se anulan, y deuen reduzirse a ella. por no pender este hecho de la voluntad de los padres solamente, vt tradunt Dom. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 3. vers. *Comprobatur*, & alter Molina Theologus, tom. 3. q. 609. num. 6. Gutierr. lib. 2. practi. quæst. 67. num. 1 & lib. 3. quæst. 52. num. 6. & 7. & quæst. 51. nu. 17. Burg. de Paz, quæst. 2. nu. 74. in quæstionibus ciuilibus, Palac. Rub. q. 1210. & 1211. & in l. 27. Taur. num. 50. & 51. Mier. 2. p. quæst. 4. num. 282. & 1. p. quæst. 15. nu. 111. & 112. & quæst. 57. num. 91. & 3. p. q. 6. num. 107. Aiora, q. 43 n. 52. & 53. Addentes Molin. lib. 2. cap. 12. num. 53. Dom. Castill. lib. 2. c. 30. à num. 11. vsq; ad 15. & cap. 98. nu. 4. & 5. & nu. 8. & 10. cum seqq. & cap. 82. num. 43. Noguerol, allegat. 25. n. 95. & 96. Tell. Hern. in l. 27 nu. 16.

5 ¶ Quod æqué procedit quando se vincula el tercio de los bienes solamente, ò con el jũtamente el quinto, vt resoluunt Dom. Castillo, tom. 5. cap. 100. num. 13. 14. & 18. & cap. 128. n. 21. & seqq. & Dom. D. Ioan de Larrea, disp. 32. num. 51. Noguerol, alleg. 25. n. 111.

6 ¶ Y lo mismo se ha de dezir quãdo el padre vincula todos sus bienes, vti etiam agnoscunt authores, pręcipuè Mier. lib. 3. q. 8. nu. 17. cum seqq. Peralta, in Rubr. de hæred. instit. num. 123. Dom. Molin. lib. 1. cap. 1. nu. 26. Pat. Moli. de iust. & iur. 3. tom. tract. 2. disp. 609. num. fin. Marta, de succes. legal, p. 1. q. 2. art. 3. n. 5. Caldas Perus. resp. 1. nu. 12. Peregr. de fideicom. art. 28. nu. 23. & 45. Manti. de coniect. lib. 11. tit. 9. n. 2.

Mi-

Michael Graſo, in §. fideicommiſſum, quæſt. 37. Abbas, in cap. in præſenti, num. 22. & ibi Decius, num. 107. de probation. Anton. Gabr. lib. 4. commun. opinion. tit. de fideicommiſſ. concluſ. 2. nu. 68. Azeued. in l. 6. tit. 7. lib. 5. Recopil. num. 4. & 5. & conſ. 24. num. 35. vbi reprobat Molin. D. Larrea, deciſ. 32. nu. 51. ibi: *Sed diſpoſitum in vno, ſcilicet in tertio, poterit ad aliud, ideſt reliqua bona extendi, & ſufficeret in tertio diſponere circa filios naturales prædictam legem Tauri, vt ex eius forma voluntatis dubiæ interpretatio ſumatur, ſed & adhuc contra Angulum verius eſt dictam legem 27. procedere, tàm de bonis particularibus, quàm de vniuerſalibus, &c.*

7 ¶ Y no obſtará dezir, que la l. 27. de Toro, y eſtas reſoluciones de que intentamos valernos por principal fundamento de eſta pretenſion, proceden quando el padre, ó la madre, teniẽdo hijos legitimos, mejorando alguno dellos, les vinculan los bienes de la mejora, ó los de ſus legitimas de ſu conſentimiento, y los demas que les dexan, iuxta reſolutiones præcedentes. Non veró quando, como en eſte caſo, tiene el padre hijo natural, y no los tiene legitimos.

8 ¶ Porque ſe reſponde, que eſta ley es fauorable, y ſe introduxo por el fauor publico, q̃ conſiſte en la perpetuydad de los mayorazgos, y conſeruacion dellos en la familia, vt tradunt Auẽdaño, in l. 27. Tauri, gloſ. 1. nu. 3. Dom. D. Ioan. de Larrea, diſp. 32. nu. 50. Mieres 1. part. quæſt. 15. num. 25. vbi num. 26. ait: *Latam fieri debere interpretationem, ſi fauor publicus verſatur, etiam in pœnalibus*, & in initio primæ partis, num. 62. & 63. & vt inquit Dom. D. Ioan. de Larrea, allegat. Fiſcal. num. 21. ibi: *Omne quod reſpicit publicam vtilitatem, nõ debet cenſeri odioſum, ſed fauorabile.*

9 ¶ Et regulariter, quod maioratus ſint fauorabiles, & in conſeruatione, ac perpetuitate eorum conſiſtat fauor publicus, docent etiam D. Molina, lib. 4. cap. 1. num. 30. Angulo, in l. 11. gloſ. 11. nu. 7. & 8. Mieres, part. 1. quæſt. 2. n. 63

& quæſt.

& quæst. 58. num. 23. & 233. & quæst. 1. nu. 35. ibi: *Et hoc credo, quia est maxima ratio decidendi, ad text. in l. 27. Tauri, vbi permittitur patri apponere grauamen restitutionis in meliorationc tertij.* Et ibi: *Nec in primogenitura solum vertitur honor ipsius primogeniturae, & ratio publicae vtilitatis, sed & attenditur conseruatio memoriae, & dignitatis familiae, &c.* Matienço, in l. 7. titul. 11. lib. 5 Recopil. glos. 1. num. 72. ibi: *Fauor publicus versatur ob conseruationem familiarum, in qua consistit bonum publicum.* Dom. Larrea, decis. 32. num. 51. ibi: *Maximè in causa fauorabili, & publica, vt successio maioratuum.* Spino, de testament. glos. 19. nu. 17. vers. *Praetereà facit,* ibi: *Publicè interest, vt ordinum dignitas, familiarumque salua sit, & conseruetur agnatio, & familia, & nomē testatoris; & antecessorum memoria recolitur, & descendentes maiorum factis prouocati, & paria, & maiora agrediuntur.*

10 ¶ De que se infiere, que aunque parezca que esta ley procede en caso de tener el padre hijos legitimos, y mejorarlos, su decision ha de extēderse a los otros en que huuiere la misma razon de decidir, l. 2. §. & quid si tantum, ff. de liberis & posthum. ibi: *Vt ad similitudinem mortis caeteri casus admittendi sint* l. regula, §. fin. ff. de iuris & facti ignor. l. penultima, ff. ad exhibēdum, l. sed est sciendum, ff. ad l. Pompeiam, de parricidijs, l. 2. §. si mater, ff. ad Tertul. ibi: *Verba rescripti deficiunt, sed dicendum est eandem esse rationem.* Et ibi: *Puto, licet verba deficiunt, sententiam constitutionis locum habere;* l. si quis adulterium, § 1. ff. ad legem Iuliā, ff. de adulter. ibi: *Ex sententia legis tenetur, quamuis verbis legis nō continetur,* l. si scire, §. aliud, ff. de excusationib. tutor. ibi: *Sed etsi maximè verba legis hunc habent intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult* Gutierrez, de iurament. confirm. 3. part. cap. 2. num. 8. & dict. quæst. 11. num. 101. Baeça, de inope debitore, cap. 16 num. 81. Surd. cons. 67 nu. 21. & cons. 96. num. 20. Dom. D. Ioseph Vela, dissertat. 7. num. 19. & dissertat. 11. num. 95. Robles, de repraesentat. lib. 2. cap. 3. num. 6. Quoties enim ratio

tio ad vnguem casui de quo agitur conuenit, dicitur casus legis, nec restringitur per particulares expressos, & quamuis omissus dicitur expressus, si sub ratione comprehendatur, l. Gallus, §. quidã rectè, ff. de liber. & posthum. l. si postulauerit, §. si negauit, ff. ad legem Iuliam, de adult. l. scio quæsitum, ff. de testament. Gutierrez, dict. quæst. 17. num. 72. Molina, lib. 1. cap. 5. num. 11. Mantica, de coniectur. lib. 3. tit. 19. numer. 16. Tiraquell. de vtroque retractu, tit. 1. §. 1. glos. 1. num. 19. & §. 1. glos. 5. num. 11. optimè D. Ioseph Vela, dissertat. 7. num. 20. cum seqq. & dissert. 10. à num. 37. & dissert. 11. num. 95. Dom. D. Ioan. del Castillo, cap. 169. á num. 1. cum seqq. Dom. Larrea, disp. 44. num. 27. & 28. Salcedo, de lege Politica, lib. 2. cap. 10. num. 6. & dict. lib. 2. cap. 5. á nu. 4. cum sequentibus.

11 ¶ Y procede esta resolucion aun que la materia de que se trata sea odiosa, y correctoria, vt ex l. scire oportet, §. 1. ff. de tutorib. & curator. dict. l. si quis adulteriũ, §. 1. ff. ad l. Iul. de adulter. & alijs quam pluribus iuribus tradit Tiraq. in tract. de cessante causa, part. 1. à num. 149. vsque ad num. 160. quia vbi est eadem ratio, omnia quæ sub ratione continẽtur, insunt, non per vim extensionis, sed comprehensionis, Tello Fernandez, in l. 4. Tauri, num. 30. Antonin. Amato, resolut. 1. num. 87. ibi: *Vbi ergò statutum exprimit vnum casum, vel personam, adhuc si est eadem ratio in alio casu, & persona, procedit etiam in correctorijs, quia dicuntur cõprehensi: non extensi.* Robles, de represent. lib. 1. cap. 12. à num. 5. Gratian. cap. 15. num. 12. vers. *Quia etiam in correctorijs*, & num. 20. Decio, cons. 227. num. 8. ibi: *Et ideò vbi mens, & omnimoda ratio concurrit, non dicitur fieri extensio.* Et ibi: *Et quando in pluribus casibus est vna & eadem ratio, non agitur de extensione, sed sicut genus comprehendit omnes species, ita ratio generalis omnes casus complectitur.* Paul. Paris. cons. 83. lib. 3. nu. 21. 22. & 23. Geronimo Grato, respons. 15. num. 6. ibi: *Cum vbi ratio expressè dispositionis ha-*

bet

bet locum, habet etiam dispositio, etiam si essemus in correctorijs, & in quibus fit strictissima interpretatio. Et nu. 7. ibi: *Et merito, quia ratio comprehendit casum, sicut genus speciem.* Pedro Cabolo, conf. 163. nu 22. ibi: *Quando enim pluribus casibus est eadem ratio, tunc vna & eadem numero decidit omnes casus emergentes, non per extensionem, sed per comprehensionem, nam sicut genus comprehendit omnes species ita ratio generalis omnes casus sub ea repertos.* Paulo de Castro, libr. 1. con. 251. num. 3. vers. *Circa personas;* Bald. in l. quod verò, ff. de legibus, num. 1. ibi. *Quia vbi est eadem ratio, non dicitur extensio, sed proprius intellectus statuti,* & in l. omnes populi, num. 25 ibi: *Secundo nota, quod vbi est eadem ratio, & penitùs omnimoda similitudo non propriè dicimus statutum extendi, quia inest tacitè.* Mieres, part. 2. quæst. 6. num. 19. ibi: *Expressum dicitur in quo eadem viget ratio.* Et num. 20. ibi: *Et quod venit ex ratione, dicitur cōprehensum in dispositione.* Dom. Molina, lib. 1. de Hispan. primog. cap. 5. num. 11. & eius Addentes, latè Dom. D. Ioann. del Castillo, tom. 6. lib 5. cap. 169 num. 9. cum seqq optimé Dom. D. Ioan. de Larrea, allegat. Fiscal. 45 num. 21. ibi: *Et fauore publicæ vtilitatis fit extensio, etiam si materia sit contraria iuri communi* Mieres, part. 2 quæst. 4. nu. 328. ibi: *Et dispositiones exorbitantes à iure communi extenduntur ad casus similes ob publicam vtilitatem.* Et num. 329. ibi. *Constitutiò etiam pœnalis extenditur ad casum sub mente legis, vel statuti comprehensum.* Gutierrez, lib 3 practicar. quæst. 17 num 75 cum seqq. videndus D. D. Francisc. de Amaia, in apologia pro statuto Collegij maioris Conchensis, num. 9. cum seqq. vsque ad 16. Dom. Salgad de Regia protection. part. 2 cap. 5. num. 55. ibi; *Etiam in materia quantūcumque odiosa, & correctoria.*

12 ¶ Y supuesto que la razon de decidir desta ley 27. es como dixeron vnos Doctores, la del fauor publico, que consiste en los mayorazgos, ó como latamente funda el señor don Iuan de Larrea, omnino videndus, en la decision 32. en el num. 49. y 50. la de conseruarse mas bien

por

por los hijos naturales el nombre y familia de los instituidores, que por los transuersales. O ambas estas. Y qualquiera otra que pueda considerarse milita igualmente en el caso de hallarse el padre con hijos legitimos, ó de hallarse con naturales solamente, y mucho mas en este segundo caso q̃ en el primero: aunque no se expressasse por los legisladores; esta razon de disponer debet haberi pro expressa, quoties enim vna sola ratio æquæ militans assignari potest, etiam illa non expressa operatur omnes effectus, quos expressa ratio in quacumque dispositione operari solet, vt post glos. & Scribentes, in l. quamuis, C. de fideicom. tenet quam plures, quos refert & sequitur Dom. Molin. lib. 1. cap. 5. num. 9. & comprobat Manti. de coniect. vltimar. volunt. lib. 6. tit. 14. num. 20 Osasc. decis. 21. num. 3. Menoch. cons. 85. nu. 9. Surd. decis. 7. num. 13. Tiber. Decian. lib. 1. cons. 31. numer. 96. Vincent. Honded. vol. 2. cons. 39. num. 29. Dom. D. Ioan. del Castillo, cum pluribus quos refert, cap. 169. num. 35. & cap. 170. per tot. Antonin. Amato, variar. resol. 1. numer. 86. Anton. Gamma, decis. 34. num. 6. vers. *Quoniam si lex aliquid simpliciter statuit nulla expressa ratione, &c.* Anton. Gomez, in l. 45. Tauri, num. 117. versic. *Primo quia.*

13 ¶ Y mucho mas procederia esta resolucion si la ley de Toro no fuesse correctoria de las del derecho comun, sed tantum declaratoria dellas, scilicet, de que las del derecho comun proceden en bienes libres, en que no se dà razon de conseruacion de familia, y esta ley 27. en bienes vinculados, en que conuiene a la Republica, ne sua re quis malé vtatur: y que qualquiera que vincula sus bienes teniendo hijos por el fauor publico, disponga dellos de manera, que se conserue su memoria, linage y parentela en la forma que en ella se propone, vt testantur Mieres 2. part. q. 6. num. 308. Dom. Molin. lib. 3. cap. 6. num. 24. vbi eius Addentes, numer. 23. vsque ad 29. qui alios plures referunt.

Hinc

14 ¶ Hinc etiam, por la identidad de razon, aunque el Principe haga ley, o embie rescripto a vna de muchas Prouincias que tenga: se obseruarà, no solamente en aquella, mas en todas las que le estuuieren sugetas, l. vnica, C. de metropoli Beryto, Dom. Pichard. in manuduction. 2. part præcepto 18. num. 2. Bart. in l. relegatorum, §. interdicere, num. 3. de interdictis & relegatis, l. 10. tit. 21. lib. 4. Azeued. in Rubrica, tit. 4. de los Adelantados, lib. 3. Recopil. nu. 1. 2. & 3.

15 ¶ Y que en el caso que vamos fundando aya la misma y mayor razon que en el de la ley 27. de Toro: se manifiesta, porque si aun teniendo el padre, o ascendientes, hijos, y descendientes legitimos, entre los quales es el tercio de los bienes, legitima en que no pueden grauaalos, quitandoselo, y dandolo a vn estraño: se les permite, que si quieren vincularlo hagan en el las substituciones y llamamientos que se proponen en aquesta ley, y se les prohibe que puedan alterarlos, dandolos antes a los hijos naturales, que a los ascendientes, teniendo estos mejor derecho de suceder que ellos, o a lo menos en mayor parte de bienes libres abintestato, & contra testamẽtum. Por la misma y mayor razon determinandose a vincular sus bienes, o el tercio dellos, se les ha de obligar a que no teniendo hijos legitimos, llamen necessariamente a los naturales, & per locum à remotione, seu priuatione, sucedan en lugar dellos.

16 ¶ Por que si la causa de no suceder ellos, era la de precederles los legitimos, y tener antes llamamiento legal: cessando esta se les deue deferir la sucession por la substitucion, y llamamiento que les dá la ley, y deuio darles el fundador, sin que pueda darse razon de diferencia del caso de suceder legitimos, y deferirse despues la sucession a naturales, al caso de no auer sucedido legitimos, ó por no tenerlos el fundador quando hizo la institucion, ò por auer faltado despues de

hecha antes que el, y por esta causa tratar de suceder los naturales, ex traditis á Dom. D. Ioan. del Castillo, lib. 5. cap. 98. num. 19. Parlador. rerũ quotidian. lib. 1. cap. 7. num. 18. ibi: *Et quid quæso interest, an á principio, vel post liberi deficiant? Illud solũ dixeris, quod hic verbum, meliorationis, quadret; illic non quadret, at, hoc futile est argumentum, neque dignum propter quod á legis ratione dicedamus.*

17 ¶ Pues si auiendo legitimos deuió substituyr a los naturales el fundador; y sin que los substituya tienen ellos en su defecto llamamiento, y substitució legal: en el caso de no auerlos, necessariamente se les há de dar llamamiento en primero lugar, por subrogarse entonces en el que auian de tener los legitimos. Qui enim debent substitui necessario adstante persona instituti: multo magis illo deficiente debent institui, argumento sumpto à contrario sensu, ex l. quandiù ff. de adquir. heredit. ibi: *Quandiù institutus admitti potest, tandiù substituto locus non est*. l. 3. ff. eod. tit.

18 ¶ Porque faltando los hijos legitimos que en estos llamamientos deuian tener primero lugar, comiença a tener subsistencia la disposicion en los naturales, a quien la ley los dá en segundo, no dandoselos el instituydor; l. & si pepercerit 3. §. fin. ff. de lib. & posthum. ibi: *Sabinus, & Cassius, & Iulianus putant perempto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere*, l. ex facto 43. §. Lucius, ff. de vulgar. l. si filius 75. ff. de hæredib. instituend. l. non putauit, §. á primo, ff. de bonor. possess. contra tabulas, l. nam si miles 7. ff. de iniusto rupto, l. si is qui soluendo non est 55. & 57. ff. de hæredib. instit. l. vnica, §. in primo; & §. pro secundo, C. de caduc. tollend. Additionator. ad Molin. lib. 1. cap. 1. num. 17. Antonin. Amato, variar. resolut. resolut. 40. num. 10.

19 ¶ Y no solamente procede esta resolucion en las substituciones vulgares; verumetiã en las que se hazen, o deuen hazer fideicomissarias en los mayorazgos de España, vt tradunt Ad

dentes

dentes Dom. Molin. lib. 1. cap. 1. numer. 17. ibi: *Ex quo infertur in maioratibus Hispaniæ caducato primo gradu, sequentes non caducari, vti independentes ab illo, quia vnusquisque ex propria persona, & proprio iure vocatus dicitur.* Et iterum lib. 3. cap. 6. num. 39. optimè D. D. Ioan. de Larrea, decis. 67. num. 5. & 6. Mieres 2. part. quæst. 16. num. 14. ibi: *Potest incipere substitutio in secundo gradu, & persona;* Tello Fernandez, in dict. l. 27. nu. 19. vers. *Sed & vlterius.*

20 ¶ Y aunque el señor don Iuan de el Castillo en el lib. 5. cap. 82. num. 45. dá a entender que la decision de la l. 27. de Toro procede solamente quãdo el padre tiene hijos legitimos, y no quando se halla sin ellos, y con algun hijo natural, no trae ley, ni razon alguna desta opiniõ que dexò por fundar, auiẽdola referido de passo, y sin deliberar en ella con la aduertencia, y consideraciones que pedia; ni los Doctores que cita, y auemos visto originalmente la siguen; ni tratan esta question: y solamente trataron si en los mayorazgos q̃ se fundan en virtud de facultad Real, se deue guardar, o no, la forma desta ley.

21 ¶ Y Tello Fernandez, que en la misma ley 27. num. 14. tratò el punto de si el padre que mejora a el hijo natural, deue teniendo dos, substituyr a el otro, no lo resoluio, vt patet in fine prædicti numeri 14. ibi: *Relinquo vobis cogitandum,* quæ verba nò solamente se refieren a la duda que propuso respecto de la madre, mas assimismo respecto de el padre; pues ambas las tratò en vn mismo numero, y no se limitò a esta, ni aquella: vndè, se han de referir ad omnia præcedentia, cum ea sit natura relationis, vt in cap. 2. requiris, de appellat. Y con la misma duda parece q̃ queda Matienço en la l. 11. tit. 6. lib. 5. glos. 5. num. 4. que refiriendo a Tello Fernandez, dudoso en la resolucion que deue seguirse en esto; parece que se remite assimismo como el a otra mayor atencion de la que ellos pusieron en resoluerse.

22 ¶ Et conducunt tradita à Pelaez de Mieres

Mieres quæst. 2. num. 69. y le citan por Autor q̃ sigue la opinion que vamos defendiendo, Auendaño, Gutierrez, y los demas que tocan esta question, y la sigue in dict. quæst. 2. à numer. 13. & 20. en la impression primera del año de 1575. y Auendaño in dict. l. 27. Tauri, glos. 2. núm. 15. dize, que en los terminos desta ley es mas verdadera la opinion de Mieres que la contraria, & nu. 14. antecedente, ibi: *Nostra verò lex præsuponit, quod testator quando disponit de tertio, habet descendentes legitimos, seu illegitimos, quo casu non habetur respectus ad ascendentes.*

23 ¶ Y del mismo parecer son, segun Gutierrez, Palacios Rubios, in eadem l. num. 45. & 46. Angulo ibidem, glos. 11. Azeued. num. 44. quos refert, & sequitur ipse Gutierrez, lib. 3. practicar. quęst. 54. per totam, præcipuè num. 5. ibi: *Vt si pater habens plures filios naturales deficientibus ei legitimis alicui naturalium prælegatum tertij fecerit, & voluerit in prædicta melioratione eidem substituere teneatur, servare ordinem, & formam nostræ legis, nempè, vt alium filium naturalem, vel alios potius substituat, quam parentes, collaterales, vel extraneos, cum eadem tunc ratio videatur militare, &c.* Et ibi: *Adhuc tamen probabilior videtur hæc vltima opinio contra Tellum, nępè, quod idem dicendum sit in patre.* Y como se vè por estas palabras, y de el num. 1. y 2. propone esta question Gutierrez en terminos que el padre no tenia mas que hijos naturales, como aqui, oponiendose de la misma ley 27. de Toro. Et iterum quæst. 55. sequent. dict. lib. 3. in num. 37. & quæst. 53. n. 4.

24 ¶ Y aunque algunos Doctores parece que dudaron mas de la verdad desta resolucion, respecto de el padre, que respecto de la madre: la razon que les dio causa de dezir que los hijos no son herederos necessarios del padre, como lo son de la madre: aunque en si es verdadera en bienes libres, se aplica mal para decidir esta question: pues en bienes vinculados, y en los terminos que decide expressamente la ley 27. de Toro,

ro, ò en los comprehendidos en su igual, ò mayor razon de decidir, tan necessarios successores son los hijos naturales en la disposicion del padre, como de la madre, quando se determinan a vincular sus bienes, vt iam diximus, & cõprobauimus inferius; & vt inquit Parlador. lib. 1. cap. 7. num. 28. ibi; *Plus quidem ratio, quam vulgaris opinio valere debet.*

25 ¶ Y se colige ser esto cierto de la cõtextura de la misma ley de Toro, que es la l. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. donde auiendose hecho mencion del tercio y mejora, hecha por testamento, ò por contracto entre viuos, y refiriendose a el, dispone; *Con tanto que lo fagan entre sus descendientes legitimos, y a falta dellos que lo puedan fazer entre sus descendientes ilegitimos, que ayan derecho de los poder heredar; y a falta de los dichos descendientes, que lo puedan fazer entre sus ascendientes.* Y lo mismo delas palabras antecedentes, con que se continuan estas, ibi: *Que le puedan poner*; quorum verborum sensus, parece que es, q̃ si teniendo el padre hijos legitimos quiere hazer vinculo del tercio de sus bienes, le puede poner al tercio el grauamen que quisiere, y los ha de llamar a ellos. y si no los teniendo, y hallãdose con hijos naturales, quiere vincularlo, ha de llamar a estos: y faltando los hijos legitimos, ò naturales, ha de llamar precisamente a los ascendientes; verba enim illa, *y a falta*, toties repetita; iunctis illis, *le puedan, y lo fagan, y puedan fazer*, determinando tres, o quatro contingẽcias, ò casos, suponen, que quando se haze, ò puede hazer vinculo en la conformidad que aquesta ley dispone, al tiempo mismo del acto para auer de llamar sucessores, y disponer del tercio de los bienes, ha de vincular el tercio, y ponerle grauamenes, teniendo hijos legitimos, o faltando estos, teniendolos naturales, & sic succesiuè, por la ordẽ que se propone en esta ley, cum verba, *a falta*, o *faltando*, debeant intelligi secundum tempus verborum, *que lo faga, y pueda fazer*, scilicèt, quando se vincula el

 tercio,

tercio, vt in l. in delictis §. si extraneus, ff. de noxalibus actionib. Cardinal. Tusch. conclus. 9. per tot. *Qualitas iuncta verbo intelligitur secundum tempus verbi*, Dom. D. Ioan. del Castillo, cap. 98. nu. 22. tom. 5. vers. *Nec potest procul dubio*, & cap. 90. nu. 22. cum seqq.

26 ¶ De manera, que el tiempo en que se constituye la mejora y vinculo, y se dexa el tercio, es el mismo en que ya han faltado los hijos legitimos, y sin auerlos comiença el acto a tener subsistencia en los naturales, y a aquel tiempo se refieren, y apelan las palabras, *a falta, o faltando*, y se haze esta inteligencia mas precisa, aduirtiendo que de lo que principalmente se trata alli, es del tercio y vinculo que del se haze, & relatio debet fieri ad id quod principaliter agitur, & non quod incidéter, & accessoriè fuit adiectum, l. fin. §. Titia, in fin. ff. de liberat. legat. vbi Bart. & Doctor. Surd. cons. 220. numer. 24. & cons. 379. num. 2.

27 ¶ Y quando se refieran aquellas palabras, *lo haga, &c.* ad omnia præcedentia, vt in cap. secundo requiris, de appellation. iuxta regul. traditam à Tuscho, conclus. 291. verbo, *clausula*, num. 1. Adhuc será su sentido, que el vinculo y grauamen que se pusiere al tercio, auiendo hijos legitimos, quãdo se haze, se haga entre ellos, y faltando entonces, se haga en los naturales, y faltando estos, ò no auiendolos entonces en los ascendientes: y mas propiamente se verifican en el principio del acto, y quando es *in fieri*, que en la continuacion y trato sucessiuo de el; nam cuiusque rei potissima pars principium est, vt inquit text. in l. 1. ff. origin. iur. & illa legis determinatio respiciens plura determinabilia, pariformiter debet ea terminare, vt considerat D. D. Ioan. del Castillo, dict. cap. 98. num. 19. vers. *Ecce vbi determinatio*.

28 ¶ De que se infiere, que las palabras, *quando mejorare*, de que vsa la ley 27. no se refieré

con

con la propiedad de su significado, mas que a la disposicion que constituye para en el primero caso de hallarse con hijos legitimos el padre, y no al segundo de tener solamente naturales, en que ya determina otra contingencia, y entonces referidas a ellas, o comprehendiendolos, se resuelué en estas, *les dexare el tercio*, y importan, o hazen el mismo sentido que ellas, cum vt inquit Parlad. rer.quotid.lib.1.cap.7.num.1. *Melioratio, prælegatum, & fideicommissum*, pró eodẽ accipi possunt, & melius nu.12.Tello Fernandez, in l. 21. Tauri, num.5.& 6.

29 ¶ Quod & amplius suadetur, aduirtiendo, que aun quando la disposicion de esta ley se refiera solamente al tiempo en que teniendo el padre hijos legitimos vinculara sus bienes, o el tercio dellos faltandole, o no teniendolos, y queriendo vincular, se ha de entender lo mismo de los naturales, vt expresse cavetur in l.generali ter §.cum autem, C.de institut.& substit. ibi: *Et non aliter substitutione locum habente, nisi ipsi liberi sine iusta sobole decesserint, vt quod inter iustos liberos sancitum est hoc, & ad naturales filios extendatur*. Anton. Gomez, in l.9.Taur.num.52.& 53. Pater Molin.tom.1. tract.2.disput.170.num.2. Mieres 1. part. q.2. num.113.Noguerol, allegat.25. num. 107.ibi: *Et sub hac forma lex 27.Tauri obligauit parentes ad eorum substitutionem eos in hoc filys legitimis æquiparando.*

30 ¶ Vltra, de que el hazer mencion aquella ley de hijos legitimos, no fue dispositiuè, porque sea necessario que los aya, para que tẽga lugar su disposicion, sed potius narratiuè, ratione frequentioris vsus, vt tenent in simili Spino, de testament.glos.18.nu.16.in fin.ibi: *Maximè, quia leges Regiæ, quæ de melioratione loquuntur, non disponendo, sed narrando, faciunt mentionem liberorum, ratione frequentioris usus, ex quo casu non rectè sumitur argumentum, iuxta ea quæ docet Ias. l. 1. C. de sacros. Ecclesi. num.52. glos. cap.1. neque Clerici, vel Monachi, lib.6. Tiraquell. de vtroque retractu, §.1. glos.21. n.8.*

l.si

l.si vnquam, vers. Susceperit liberos, num. 215. Parlador. dict. lib. 1. rerum quotidian. cap. 7. num. 20. ibi: *Deinde illæ leges, non quidem in disponendo, sed narrando, plurium liberorum mentionem faciunt, idque etiam ratione frequentioris vsus, quibus casibus non rectè ex talibus legibus argumentum sumitur.*

31 ¶ Y procede esto con mayor razon en los mayorazgos de España, por ser como son los hijos naturales de la familia y casa de sus padres, vt tradunt Ioseph. de Rusticis, in l. cũ auus, ff. de condit. & demonstrat. lib. 5. cap. 6. num. 3. Rebuff. in l. pronuntiatio, vers. *Si vero*, §. iure proprio, ff. de verbor. signif. Gratian. cap. 218. n. 22 Gutierrez, lib. 2. practicar. quæst. 155. num. 2. & 3. optimè D. Ioan. de Larrea, disp. 32. num. 55. vbi Dom. Molin. reijcit, & nu. 43. & 50. aliquas in huius rei comprobationẽ considerationes adducit.

32 ¶ Y porque conseruan la nobleza de sus padres, y son nobles como ellos, l. 3. titul. 14. part. 4. l. 1. tit. 11. part. 7. & ibi Gregor. Lopez, verbo, *amiga*, l. fin. tit. 2. lib. 4. fori, Tello Fernandez, in l. 11. Tauri, num. 1. Azeued. in l. 10. tit. 8. lib. 5. Recopilat. num. 5. & conf. 24. nu. 39. Matienço, in Rubric. tit. 1. glos. 1. num. 126. Dom. Couarr. in 4. part. 2. cap. 8. §. 4. num. 4. Molin. Theolog. de iust. & iur. disput. 172. Anton. Gomez, in l. 9. Tauri, num. 54. Ioan. Gutierrez, lib. 2. quæst. 105. num. 2. Ioan. Garcia, de nobilitat. glos. 21. num. 33. Roxas, in epitome succesionum, cap. 15. num. 18. & cap. 10. num. 23. & 27. Otalora, de nobilit. 2. part. 3. partis, num. 3. Anton. Fabro, lib. 5. titul. 16. diffinit. 11. in Codice Fabriano.

37 ¶ Y se conserua asimismo en ellos el nombre, armas, y agnacion de sus padres, Flores de Mena, lib. 1. variar. quæst. 16. art. 2. §. 2. n. 9. ibi: *Filij naturales conseruant nomẽ, & arma, & sustinent honorem familiæ, eamque representant.* Azeued. in l. 10. tit. 8. lib. 5. Recopil. num. 51. & conf. 24.

dubio

dubio 3.num.22.& 39.ibi: *Vt naturales admittantur ad honores, nomen, & arma, & insignia parentum*; Mieres de maioratibus, 2.part.quæst.2.num.27.& 136. Matien.in l.7.tit.11.glos.2.lib.5.Recop.nu.5. Gutierr.lib.1.practicar.quæst.155.num.2.& 3. Villalpando in l.22.tit.1.part.7.& part.2.§.sed iuxta prædicta quæro, num.1.& 2. dicens: *Filios naturales esse de agnatione, ex naturali Hispaniæ consuetudine eos admittente ad insignia, nomen, & arma, & nobilitatem patris*, Fussar.quæst.364.num.8.vers. *Naturales autem veniunt*, & quæst.365.num.6.& quæst. 368.num.vltimo, & quæst.369.num.4. Alciato in l.pronuntiatio, §.familiæ, ff.de verbor.signif. & facit lex liberorum, eodẽ tit.in fine, ibi: *Etenim idcirco filios filias vè cõcepimus, vt ex prole eorum, earũ vè diuturnitatis nobis memoriam in æuum relinquamus.*

34 ¶ Vndé, siendo el principal fin de la institucion de los mayorazgos la conservacion del nõbre, familia, y nobleza de los instituydores, vt supra probavimus: y auiendolo declarado asi en las fundaciones deste sobre que se litiga, Francisco Bote de Monroy, padre de don Rodrigo: consiguiendose con suceder su hijo natural, reconocido y declarado por tal: a cuya causa le da la ley llamamiento antes que a los padres del fundador, porq̃ se perpetua en el mas la memoria que en los ascendientes, ex ratione text.in cap.1. de natura succesionis feudi, ibi: *Successionis feudi talis est natura, quod ascendentes non succedunt, verbi gratia, pater filio: inferiùs verò filius patri succedit*: no pudo excluirlo; y llamar antes a Catalina Bote transversal suya, en cuyos descendientes no pueden conservarse su agnacion, familia, y nobleza: contraviniendo asi a los llamamientos legales de la ley 27.de Toro, que por estas razones, y el fauor publico, que cõsiste en los mayorazgos, y en que los bienes de los fundadores, si quieren vincularlos, estèn en sus descendientes, y a falta dellos en sus ascendientes, y no los aviendo, en los parientes transversales, antes que en los estraños, les

 obligó,

obligó, á que precisamente haziédo mayorazgo, dispusiessen dellos en esta conformidad. queriendo que el fin que tuuieron, y devieron tener de conservar su familia, pues hazian mayorazgo de sus bienes, prevalezca a su mesma disposició, quãdo se encuentra con el fin a que la ley quiso que atendiessen, por la causa publica, cui conuenit, ne de sua re quis melé vtatur, y que auiendola no se sigan las reglas comunes, vt in l. ita vulneratus, ff. ad legem Aquildum, l. si domum, §. qui confitetur, de legatis 1. l. vtilitatem, de confirmatione tutor.

35 ¶ Y no fuera justo, que por la disposicion imprudéte de vn testador que quisiesse vincular sus bienes en estraños de su familia, ó transversales della, que no conservassen su memoria y autoridad, sucediesse que los posseyessen ellos y sus descendiétes in perpetuum: y que al mismo tiempo se hallassen los descendientes naturales del mismo fundador, o legitimos dellos, sin los bienes, con que (si los posseyeran) conservaran mas bien el lustre de su familia, vt tradit glos. in l. ad subeunda patriæ munera, C. de dignitatibus, lib. 10. ibi: *Vt honorem cum suo sumptu seruet*, & feré in terminis considerat Mieres, part. 1. quæst. 58. nu. 232. Dom. Castillo, lib. 2. cap. 30. num. 16. ibi: *Prout adijci posse, lex ipsa Taurina 27. considerauit, hoc quidem non alia ratione efficitur, quam vt certa, bona omnibus de familia coalligata, & perpetuo successoribus vnita, atque alienari probibita relinquantur, sicque & nomen, & familia meliorantis refulgeat, & bona ipsa inter suos cõseruentur, faciliùs id autem aptiùs meliusque fiet, si ad descendentes etiamq; naturales tantum liberos bona prædicta deuenirent, quam si ascendentibus deferantur, in quibus non ita hæc fient, sicut in descendentibus ipsis meliorantis, immô à consanguineis alijsque transuersalibus eiusdem meliorantis naturales filios excludi contingeret, contra legis illius voluntatem*, & vers. *Tertiò prætereà*, ibi: *Quoniam lex illa generaliter intendit prouidere, ac consulere, toti generi, & familiæ meliorantis*, & eodem lib. 2. cap. 7. n. 15.

15.&lib.5.cap.98.num.11.vers. *Ad conseruãdam perpetuitatem vinculi*, D. D. Ioan. de Larrea, decis. 32.num.49.& 50.ibi: *Vera ratio dictæ legis 27. quærenda est, vt ea nostra fulciatur sentētia, & inde considerari oportet, procedere Taurinã legem, vt eo ipso quod quis maioratum facere vellet, debet necessario se ad naturam illius referre, & qualitatibus aptari, ex vulgata lege nemo potest de legat.1.*& ibi: *Maioratus enim natura, & causa finalis illud respicit, vt institutoris memoria augeatur, nec aliquo modo diminutionem sentiat, & expressè l.7. tit.7. libro 5. Recop. vbi Matienç in glos.1. vnde in dict. l.27. ea forma maioratus instituendi traditur, quia causatiuè ne memoria fundatoris diminuatur, sed vt augmentum recipiat, necessariò vocandi filij legitimi, & deinde naturales tantum qui magis parenti coniunguntur, eius pars vocantur, l. scimus, C. de agricolis, & censitis, libro 11. & vt tradit Ananias, cons.66. num.2. Quanto quis magis particeps fuerit alicuius rei, tanto meliùs poterit eam repræsentare, & filij ad nostræ memoriæ diuturnitatem in euum relinquuntur, ex Iurisconsulto, in l.liberorum, de verborum significat. Et perpetua conseruatio familiæ fauenda per subrogationē eorum, qui ex eodem sanguine fuerint, iuxta Molina. lib.1. de primogenijs, cap.4. num. 39. & cum ex dicta l.7. tit. 7. lib.5. Recopil. Non solùm maioratuum institutio respiciat familiarum perpetuitatē, sed ne memoria, & splendor aliqualiter imminuatur, merito dict. l.27. filios naturales prætulit alijs consanguineis transversalibus, qui longiùs cōiunguntur institutori primogenij, alijs personis, & familijs interpositis, quia ex Molina, lib.2 cap. 14. numero 29. Per immixtionem eliditur memoria,* & ibi: *Et in maioratibus tertij & quinti, dubium non est, ex dict l. 27. Tauri, si defecerint descendentes legitimi, admittendos filios naturales, exclusis collateralibus quantumuis legitimis, &c.* Noguerol, allegat.25.num.100.vers. *Sed quando instituitur maioratus tertij & quinti, tunc cum subiecta materia persuadeat, &c.* Gutierr.lib.3.practicar quæst. 52.num.7.dicens: in hoc limitari dispositionem legis 10.Tauri, & casum legis 27.nō comprehēdi sub dispositione illius, y assi no se han de confundir las determinaciones, ni lo decidido en aquel

caso

caso en bienes libres, se podrà aplicar a lo que especificamẽte dispuso esta ley en los vinculados; por especial razon y publica que milita en ellos, y cessa en los libres, idemque resoluit Auendaño in dict.l.27 glos.2.num.8.D.Castill. lib.2.cap. 30.n.16.vers.*Deinde, & secundo parum vrgere.*

36 ¶ Y no obstarà dezir, que la l.8.del titulo 13.de la Partida 6. y la 8. del tit. 8.lib.5. de la Recop.y alli Matienço en la glos. 5. y Azeuedo en la ley 7.del mismo tit.en el num.19. D. Castillo en el lib.2.cap.30.num.6. Valasco en la consultacion 94.en el num.3. Antonio Gomez en la ley 9.de Toro, num.11.Roxas de succesionibus, cap.11.num 9.Menchaca de succesionum creatione, lib.1.ad l.quoniam in prioribus, num. 559.y otros, dixerõ, que puede el padre si quiere no dexar bienes algunos a su hijo natural en propriedad, teniẽdo, o no teniẽdo hijos legitimos.

37 ¶ Porq̃ respondemos, q̃ confessamos libenter esta proposicion en bienes libres, que es el caso en que estas leyes y Doctores hablan, y assi podràn aplicarse al intento de Martin de Mena, y Catalina Bote en el residuo de los que le dexò, instituyendola por su heredera Francisco Bote de Monroy, y quedaron por su fin y muerte en mas cantidad de treinta mil ducados, sin el censo que vinculó, de que ay prouanças concluyentes en el pleyto. Nos verò versamur in alio diuerso, vt sæpé repetitum est, scilicet, en el de querer el padre vincular de sus bienes este censo de diez y siete mil y quiniẽtos ducados en plata doble, sobre que se litiga, por via de manda, o prelegado, en que se determina por ley expressamẽte, ò a lo menos sub identate, vel potiús maioritate rationis, que ha de llamar aunque no quiera al hijo natural, y este es el caso del pleyto que deue determinarse, por la razon especifica y particular que milita en el, y no por generalidades de otras leyes, que no se adaptan al intento, vt aliàs resoluit D.Moli.lib.1.cap.2.num.24. vers. *Nisi aliud lege*

Regia

Regia de maioratibus loquente, ex l. doli clausula, ff. de verbor. obligat. Dom. D. Ioan. de Larrea, decis. 32. num. 55.

38 ¶ Menos nos obstará si replicaren, que el señor don Iuan del Castillo, lib. 5. controuers. cap. 82. num. 42. 46. & 47. Nicol. Garcia, de benefitijs, part. 7. cap. 15. num. 50. Azeuedo, in l. 11. tit. 6. lib. 5. Recopil. Flores de Mena, lib. 1. variar. quæst. 16. á num. 13. cum seqq. & in addition. ad decis. 2. Gammæ, Mieres, de maiorat. 2. part. quæst. 2. num. 1. Alvarado, de coniectur. mente defunct. lib. 2. cap. 1. §. 1. nu. 13. & cap. 3. num. 75. eodem lib. Molina Iesuita, de iustit. & iur. disp. 174. nu. 38. vers. *Dubium*, in fin. Dom. Molin. de primogen. lib. 1. cap. 4. á num. 46. præsertim num. 48. & lib. 3. cap. 3. á num. 41. præcipuè num. 45. Auendaño, in l. 40. Tauri, glos. 11. num. 43. Gregor. Lopez, in l. 2. titul. 15. part. 2. verbo, *Si no el hijo mayor*, Licerier, de primogen. lib. 1. quæst. 5. num. 2. Y otros Doctores resueluen, que se prefieren los transuersales legitimos a los descendientes naturales, en la sucessión de los mayorazgos.

39 ¶ Porque se responde, que esta resolució quãdo sea cierta, procede en caso q̃ se trata de interpretar la voluntad de el testador, q̃ llamò siempre a legitimos, y excluyò a los naturales, ò los omitio: y quando la duda de los pleytos pende solo de su voluntad: ò porque el natural, hijo, ò nieto del vltimo posseedor, y el transuersal cõ quien es la competencia, son todos descendientes del fundador: ò quando aunque no lo sean, se fundò el mayorazgo en virtud de facultad Real, concedida en plenissima forma, y con palabras amplas para llamar sucessores ad libitum, siendo de la familia, ò fuera della: ò quando el fundador no tenia hijos legitimos, ni naturales, ni ascendientes, y por no tenerlos, fundò desde luego el mayorazgo en vn transuersal proximo, ò remoto suyo. Tunc enim, y en todos los casos en que la sucessión huuiere de gouernarse, y estuuiere

pendiente de la voluntad libre del fundador, nullis legibus alligata, procede la question, y dudas que mueuen estos Doctores, ex traditis a Mieres in initio primę partis, num. 102. & 103. Non verò, en el caso de la l. 27. de Toro, y de su razon de decidir, en que (como auemos verificado) está cõprehendido, el deste pleyto, y assisten en fauor de la pretension que defendemos, los fundamẽtos que dexamos referidos, de que ellos no trataron, ni de la duda que aora se controuierte.

40 ¶ Y no se ayuda poco esta pretension de auer verificado don Rodrigo con mucho numero de testigos la volũtad de su padre, y que siempre en su vida dezia y publicaua que se auia de dexar su haziẽda y bienes, y que todos los queria para q̃ el los heredasse: ex quo desumitur coniectura voluntatis, vt in l. quoniam desideria morientium, C. de naturalibus liberis, Dom. Castil. cap. 101. per tot. y de que no quiso quitarselos, ni dexarlos a Catalina Bote su tia, en cuyos descendientes no puede conseruarse su nobleza y familia, l. pronunciatio, in fin. ff. de verbor. signif. Salcedo, de lege Politica, lib. 2. cap. 14. n. 62.

41 ¶ Præcipuè, auiendo assimismo verificado, que quando quieren dezir que se otorgò el testamento de que intentan valerse Martin de Mena, y su muger, estaua decrepito, y dementado Francisco Bote de Monroy, y valiendose desta ocasion, y de la de estar ausente don Rodrigo de la villa de Almoharin, y de ser el escriuano su enemigo capital, supusieron entre todos vn testamento cerrado, que por su inspeccion, y clausulas, manifiesta la incapacidad de el testador: pues dexa en el mandas, a algunas personas, que eran muertas, mas de seys, ò ocho años antes: y a otros se las dexa assimismo para casarse, ò tomar estado, teniendolo quatro, ò cinco años antes que el testamento se hiziera: a cuya causa quedaron indignos de la sucession deste vinculo, y aun de la herencia de los demas bienes, vt in l. 1. ff. si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit, l. 2. C.

eodem

eodem tit.l.26.& 28.tit.1.part.6.

42 ¶ Y pues ellos se quedan con vn molino, tres heredades de viñas, casas principales, y otras sin ellas, cercas de pan lleuar, otro censo de seys mil ducados impuesto sobre los proprios de la misma villa de Almohadin, mas de dos mil ducados de plata labrada, cadena de oro, que vale quinientos ducados, sin el demas menage de casa, ganados de cerda, carneros, y ovejas, mas de mil fanegas de trigo, que se auian cogido en aquella cosecha, tres mil ducados de reditos, que deuian hasta entonces los Concejos de Arroyo molinos y Almoharin de sus censos, y los demas bienes libres: conueniencia tiene grande, que para que todos esten acomodados, quede don Rodrigo con los vinculados; & quod per mediocritatẽ res hæc dirimatur, vt in l. filio vel seruo 7.ff.vt legatorũ, seu fideicommissorum nomine caveatur, ibi: *Sed melius est per mediocritatem causam dirimere*, y mas siẽdo como es tan justificada su pretension, y conforme a la equidad escrita in dict. l. 27. Tauri, quæ in iudicando est sequenda, vt in l.placuit, C.de iudicijs, ibi: *Placuit in omnibus rebus præcipuã esse iustitiæ, æquitatisque scriptæ, quam stricti iuris rigorem*, iunctis adductis ad eius interpretationem á Domin. D.Ioan.de el Castillo, cap. 163.per totum, & in terminis dictæ legis 27. aliud agens, considerat Parlador.dict.lib.1.cap.7.num.22.& 23.

ARTICVLO SEGVNDO.

43 ¶ En quanto a la segunda pretensiõ, aunque en esta instancia no se han hecho prouanças con testigos de vista, por parte de don Rodrigo se ha presentado vna, hecha en la ciudad de la Plata en el Reyno del Pirù el año passado de 624 en que con mucho numero de testigos, queriendo venirse a España el dicho Francisco Bote de Monroy, y traerse consigo a don Rodrigo, que entonces era niño, de edad de nueue, ò diez años, se

se verificò en ella, y dixeron concluyentemente, que era su hijo natural, y que auiendolo tenido Francisco Bote en D. Iuana Fernandez Sãde donzella de mucha calidad, descendiente de los ganadores de aquel Reyno; murio ella de parto, ò pocos dias despues, y se entrò en todos sus bienes y se quedò con ellos el dicho Francisco Bote, por pertenecer a don Rodrigo, como a su hijo natural, y auerse el encargado por esta misma causa de su educacion, y concluyen que rentaua la casa cada mes treynta pesos, en que deponẽ otros muchos testigos de los presentados en este pleyto de oydas. Y en quanto a la filiacion de afirmatiua, se hizieron concluyentissimas prouanças, y se presentaron los testamentos de los dichos Francisco Bote de Monroy, y D. Iuana Fernandez Sãde, en que ambos le declararon por su hijo natural, y como a tal lo tuuieron, y peticiones de Francisco Bote, en que judicialmente lo confessò, y en esta conformidad se pronunciaron sentecias de vista y reuista, declarandolo assi, y mandandole dar trezientos ducados de alimentos en cada vn año.

44 ¶ De que se infiere, que ocupando todos los bienes que quedò por su fin y muerte el dicho Francisco Bote, Martin de Mena, y su muger, socolor de dezir, que son sus herederos, ò que se los dexò vinculados: deuen restituyr estos, que fueron de Doña Iuana Fernandez, à don Rodrigo su hijo natural, que por serlo es heredero suyo, l. 9. Tauri, vers. *Y en caso*, Anton. Pichardo, in princip. de hæred. quæ abintest. deferuntur, cap. vnico, num. 28. & §. 6. num. 28. & 29.

45 ¶ Immò aunque fuera solamente espurio, sucediera en todos sus bienes, no solamente auiendo muerto abintestato: verumetiam, aunque haziendo testamento le exheredara, le competiera contra el la querela inofficiosi testamenti, vt ex l. si instituta, §. 1. de inofficios. testamen. Couarr. de sponsalib. cap. 8. §. 4. num. fin. Roxas in epitome de successi. cap. 14. num. 7. Matienço, in

in l.7 tit.8.lib.5 glos.3. num.3. glos.7. num.4. Tello Fernand.in l.6.Tauri,à num.3.cum seqq. & colligitur ex l.6 Tauri,Greg.Lop.in l.11.tit. 13.part.6.glos.*Los bienes de su madre*: Azeued.in l. 1 tit.8.lib.5 Recop.num.4 & 26. y mucho mas instituyendolo como lo instituyó por su heredero, declarandolo por su hijo natural, y del dicho Francisco Bote de Monroy, que le dio palabra de casamiento, y con quien huuiera casado, si no huuiera muerto con tanta breuedad, como lo afirman muchos testigos.

46 ¶ Y que esta prouança sea concluyente, y se deua determinar el pleyto en conformidad de ella, en quàto a los bienes, en que se entrò Francisco Bote, para mandarlos restituyr a don Rodrigo, ó en su defecto el valor dellos: se prueua. Tum, por auerse de determinar este pleyto en la Chancilleria, Tribunal superior, donde se juzga veritate attenta, ex l.4.& 10.tit.17.lib. 4 Recop y se admiten y prueuan los testigos que se examinan en sumario, etiam parte non citata, vt optimé comprobat Surd.cons. 129.nu.6. ibi: *Et quamuis testis quintus non fuerit in iudicio parte vocata repetitus, tamẽ probare debet apud graues viros qui iudicant sola facti veritate inspecta, vt facit Senatus secundum Deci.in cons.54.num.2.vers.Postremo superius, vbi enim proceditur secundum ius gentium, sola naturali æquitate inspecta, non attenditur citatio in examine testium, vt tradit post alios, &c.*

47 ¶ Tum etiam, porque aunque no se examinassen estos testigos, con citacion de Martin de Mena y su muger: se examinaron con orden de Francisco Bote, en cuyo derecho pretẽden que han sucedido, pues no tenia entonces dõ Rodrigo, otra persona que solicitára sus commodidades, mas que la de su padre, que lo tenia en su casa, y queria traerlo a España, y que se supiesse en ella quien era. Vnde, no pueden impugnar su hecho, cum factum testatoris prestare teneantur, l.cum á matre, C.de rei vindicatione, Authentica

de iure iurando à morient. præstit. §. 1. collatione 5. Immò & quod magis est, los presentò el mismo Francisco Bote de Montoy, y assi no puede quien pretende ser su heredero impugnarlos, vt in l. 41. tit. 16. part. 3. Y despues de auerlos presentado, aprovando sus deposiciones, pidiò traslado de ellas, y de la informacion que a su pedimiento se auia hecho para traerla.

48 ¶ Tum denique, porque supuesto que se trataua de hazer vna ausencia tan larga de la Ciudad de la Plata en el Reyno del Pirú a estos de España, se pudieron en este caso examinar testigos ad perpetuam rei memoriam, etiam parte non citata, argument. textus, in cap. quoniam frequenter, §. 1. vt lite non contestata, ibi: *Nisi forte de morte testium timeatur, vel absentia diuturna.*

49 ¶ Y mucho mas auiendo traydo de Indias esta informacion el dicho Francisco Bote, tenidola con sus papeles, y halladose entre ellos quando murio, cō que la aprobava, y tuuo siempre por cierta: y no pueden los que se defienden por sus herederos, oponerle defecto alguno. Especialmente no auiendo negado el hecho en que consiste esta pretension, ex cap. 1. de restitutione spoliat. Ni hecho prouança contraria, ex cap. tertio loco, de probat. ibi: *Sed quoniam contra hoc pars aduersa nihil probauit, respondemus secundum assertionem testium esse iudicandum.* Y consiguientemēte se les deve condenar en la restitucion destos bienes con los frutos, ò su valor con los intereses.

50 ¶ Y bastára no auer hecho inventario destos bienes Francisco Bote, y mezcladose en ellos, para q̄ se deuiera deferir en el juramento in litē de dō Rodrigo, para la verificaciō de los q̄ no se hā verificado, y cōdenar desde luego en la casa y heredad, y los demas que consta que recibiò, y entraron en su poder, y en su estimacion, con los frutos. Quæ sint dicta, &c.

Licenciado Pedro Calvo Ossorio.